



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

INGRID GOMES DE OLIVEIRA BORGES

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO

Brasília

2019

INGRID GOMES DE OLIVEIRA BORGES

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA
SUCESSÃO

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Professora Débora Soares
Guimarães.

Brasília

2019

INGRID GOMES DE OLIVEIRA BORGES

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA
SUCESSÃO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília-UniCEUB.

Orientadora: Débora Soares Guimarães.

Brasília, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Prof^a. Débora Soares Guimarães

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGREDECIMENTOS

Agradeço a todos que sempre me incentivaram e apoiaram durante os anos de faculdade, especialmente a minha mãe e minha madrinha. Aos meus amigos compreensivos e prestativos que passaram por essa mesma fase. A minha orientadora e professora que se dedicou e ajudou para a realização da pesquisa. E todos aos demais professores que acrescentaram na minha formação acadêmica.

RESUMO

O contínuo progresso das ciências biomédicas proporcionou aos seres humanos novas formas de garantir a realização do sonho de ser mãe ou pai, por intermédio das criadas técnicas de reprodução humana assistida, inclusive, possibilitou que um filho possa ser concebido posteriormente a morte de seu próprio pai, utilizando-se para tanto o material genético criopreservado e próprio do pai para procriar em momento futuro a sua morte. Esta possibilidade é intitulada pela biomedicina de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Embora constatado o avanço da biomedicina, o ordenamento jurídico brasileiro sobre este ponto, especialmente, o vigente Código Civil Brasileiro, somente se refere as existências das técnicas de reprodução humana assistida para presumir a filiação, conforme expresso em seu artigo 1.597, todavia, o artigo 1.798 do mesmo Código e, pela sua leitura, pode ser interpretado equivocadamente, no sentido de que apenas seria garantida a sucessão aos filhos já concebidos no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte de seu pai. É essa interpretação que gera uma questão polêmica no direito das sucessões, pois uma vez que é garantida a presunção de filiação ao concebido *post mortem*, imagina-se que também será assegurado o direito sucessório para este, entretanto, verifica-se que esse não é um pensamento absoluto. Diante disso, a presente monografia abordará o direito sucessório do filho concebido após a abertura da sucessão, exclusivamente em relação ao filho fruto da inseminação artificial homóloga *post mortem*, a partir da observância da aplicabilidade do princípio da coexistência, de alguns dos princípios constitucionais, bem como análises doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de que os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga póstuma possam ser reconhecidos como herdeiros legitimados.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Biomedicina. Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*. Efeitos Jurídicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
1.1 Direito Sucessório.....	10
1.2 Espécies de Sucessão.....	11
1.2.1 Sucessão Legítima.....	11
1.2.2 Sucessão Testamentária.....	14
1.3 Pressupostos.....	18
1.3.1 Transmissão da herança.....	18
1.3.2 Capacidade para suceder.....	20
2 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>: O FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO.....	23
2.1 A Reprodução Humana Assistida.....	23
2.2 As Técnicas de Reprodução Artificial.....	24
2.3 Normas Norteadoras.....	25
2.4 A Inseminação Artificial Homóloga <i>post mortem</i>	27
2.5 A Legitimidade da Técnica de Inseminação Artificial Homóloga <i>post mortem</i> no Brasil.....	29
2.6 Princípio da Coexistência e o Filho Concebido após a Abertura da Sucessão.....	34
2.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	35
2.6.2 Princípio do melhor interesse da criança.....	37
2.6.3 Princípio da igualdade entre os filhos.....	38
2.6.4 Princípio da segurança jurídica.....	40
3 DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO POST MORTEM.....	42

3.1 Posições doutrinárias quanto aos efeitos da inseminação artificial <i>post mortem</i>.....	42
3.2 A Jurisprudência.....	47
3.3 Fixação do prazo para o filho concebido após a abertura da sucessão pleitear o direito sucessório.....	54
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo a biomedicina criou variadas técnicas de reprodução humana assistida, entre elas a inseminação artificial homóloga *post mortem*, foco de estudo no presente trabalho, a qual possibilita a criopreservação do material genético do homem para ser utilizado em momento posterior, a fim de que nasça uma criança. Essa técnica e as demais, tem como escopo solucionar os problemas contemporâneos da esterilidade e infertilidade, sem que seja necessário o ato sexual para conceber um filho, bem como oportunizar aos casais homoafetivos a constituir uma família.

Embora tenha ocorrido avanços tecnológicos na medicina, o mesmo não se verificou no campo do Direito Brasileiro. O Código Civil brasileiro de 2002 ao estabelecer o artigo. 1798 que, trata dos legitimados para suceder, omitiu-se quanto a sucessão das pessoas provenientes da reprodução assistida, somente mencionando as pessoas que já foram concebidas no momento da abertura da sucessão. Tal disposição legal gerou diversos questionamentos acerca da existência do direito sucessório dos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. A principal discussão é de que, de modo geral e, apenas pela leitura do artigo 1.798 do Código Civil, os filhos que seriam concebidos posteriormente a morte do seu genitor não estariam contemplados como herdeiros legitimados pelo Código Civil, haja vista que estes não teriam sido concebidos e nem nascidos no momento da abertura da sucessão, questionando-se, assim, a existência do direito sucessório dos filhos havidos após o falecimento do seu pai.

Diante disso, o presente trabalho pretende apresentar de modo descritivo, explicativo e exploratório, o possível reconhecimento da legitimidade para suceder do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* com abordagem do princípio da coexistência e a presunção de filiação, dispostos respectivamente no artigo 1.798 e artigo 1.597, inciso III, ambos do Código Civil, com os demais princípios constitucionais, e, ainda, será realizada abordagem quanto aos eventuais efeitos desta técnica no campo do direito das sucessões. Para tanto, a pesquisa se utiliza do método dedutivo e dogmático jurídico.

Primeiramente, o primeiro capítulo trará um panorama geral acerca do direito sucessório brasileiro, abordando conceito, as espécies de sucessão e os seus pressupostos.

Em seguida, será apresentado o conceito de reprodução humana assistida, e as suas técnicas mais utilizadas atualmente, as normas e regras que norteiam as técnicas de reprodução assistida, destacando-se a omissão da legislação brasileira a respeito dessas técnicas. Subsequentemente, abordar-se-á ainda, a principal discussão histórica sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*, a legitimidade dessa inseminação no Brasil, o princípio da coexistência frente a pessoa concebida por intermédio da referida técnica, bem como outros princípios constitucionais que podem ser considerados importantes para o tema em debate.

No terceiro e último capítulo, será tratado o real direito sucessório do filho concebido após a abertura da sucessão e os seus eventuais efeitos, embasados no exposto ao decorrer do presente trabalho, abordando os diferentes pensamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

Em conclusão, a presente monografia sustentará pela possibilidade do direito sucessório dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

1 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para entendermos melhor o conceito de Direito Sucessório, se faz necessário saber o significado da palavra “sucessão”, que, conforme Carlos Roberto Gonçalves¹, compreende-se no “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”, de modo que, a pessoa substituidora adquire os direitos e deveres daquele que teria o domínio sobre os bens.

Essa substituição da titularidade dos bens pode se originar de duas formas: *inter vivos* ou *mortis causa*. A sucessão *inter vivos* é a sucessão em sentido amplo que, consiste na substituição do titular de um direito, e pode ser encontrada em diversos ramos do direito civil, como por exemplo no direito de família, “quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor”.² Já a sucessão *mortis causa* é aquela que se apresenta em sentido estrito e, é particular do ramo do direito civil, denominado de direito das sucessões, haja vista que esta decorre da morte de alguém, diferentemente da sucessão *inter vivos*.³

É a partir dessa diferenciação quanto a origem das sucessões que podemos distinguir e identificar a forma pela qual o direito sucessório se opera.

1.1 Direito Sucessório

O direito sucessório, nas palavras de Maria Helena Diniz é conceituado como “complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* ao herdeiro”.⁴

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 20.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 20.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 20.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 3.

De forma mais sucinta, o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, entende que o direito das sucessões disciplina a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareição física da pessoa, a seus sucessores.⁵

Outrossim, Flávio Tartuce define o direito das sucessões como um campo específico do direito civil em que há a transmissão de bens, direito e obrigações em razão da morte. Para ele, o direito das sucessões é o direito hereditário distinto do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos.⁶

Para Maria Berenice Dias, o direito sucessório refere-se a transmissão de bens, direitos e obrigações diante da morte de uma pessoa àqueles que são seus herdeiros e que, passarão a ter a mesma situação jurídica do autor da herança com relação aos direitos e bens.⁷

Na visão de Eduardo de Oliveira Leite, o direito das sucessões é o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre a transmissão do patrimônio de alguém já falecido à seus sucessores.⁸

Portanto, o direito sucessório nada mais é do que um ramo do direito civil, pelo qual se permite a transferência de bens e direitos, bem como obrigações de uma pessoa para outra, devido ao falecimento de uma delas.

1.2 Espécies de Sucessão

No direito sucessório existem duas espécies de sucessão *mortis causa*, conforme se depreende do artigo 1.786 do Código Civil Brasileiro: a sucessão legítima e a testamentária.

1.2.1 Sucessão Legítima

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. p. 11.

⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 11.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado: Direito das Sucessões*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24.

A sucessão legítima ou sucessão *ab intestato*⁹ deriva imediatamente da lei, e ocorre quando a pessoa falecida não deixa testamento, ou quando o testamento perde a validade, ou quando este for julgado nulo.¹⁰

Para definir como será realizada essa sucessão, o legislador estabeleceu uma ordem de vocação hereditária, a fim de designar as pessoas mais habilitadas para suceder parte do patrimônio do falecido, bem como para a transferência desse patrimônio.

A ordem de vocação hereditária é determinada no artigo 1.829 do Código Civil, a qual estabelece 4 classes de sucessores (descendentes, ascendentes, cônjuge e os colaterais até o quarto grau de parentesco), e guarda uma coerência em relação ao modo destes virem a suceder, quer por direito próprio, quer por direito de representação¹¹, beneficiando os membros da família, pois o legislador presume que na família residem os maiores vínculos afetivos do autor da herança, sendo estes denominados pelo legislador de sucessores legítimos.¹² O legislador ainda elegeu no artigo 1.845 do Código Civil, 3 classes sucessórias como herdeiros necessários, são eles: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, os quais detêm direito a metade dos bens da herança e que, só serão afastados da sucessão por motivo indicado em lei.¹³

É importante salientar que o mencionado artigo 1.829 do Código Civil que trata da vocação hereditária, não traz a figura do companheiro na ordem de vocação hereditária, todavia, atualmente, o companheiro, por força jurisprudencial tem tratamento equiparado ao cônjuge.¹⁴

⁹ Ab intestato – Termo jurídico designado a sucessão na qual o falecido não deixou testamento.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 31.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 31.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: *Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. p. 125.

¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 878694/MG Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao

Para melhor visualização, transcrevo o artigo 1.829 do Código Civil¹⁵, *in verbis*:

Art. 1829 A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Consoante dito anteriormente, na sucessão legítima, o código civil estabelece que os sucessores podem suceder por direito próprio ou por direito de representação. Essa sucessão será por direito próprio quando o sucessor for o mais habilitado, qualificado, ou for o mais legitimado para suceder, segundo estabelecido pelo Código Civil em seu artigo 1.834.¹⁶ E a sucessão será por direito de representação quando o herdeiro que deveria ser convocado para suceder não for o mais legitimado, além disso, conforme artigo 1.852 do Código Civil, este modo de suceder somente será possível em linha reta aos descendentes, ou seja, aos filhos, netos ou bisnetos daquele que não configura mais como legitimado para suceder.¹⁷

Nessa lógica, a primeira classe sucessória (descendentes) pode suceder por direito próprio ou por direito de representação. Na falta destes, virá a suceder a segunda classe (os ascendentes), por direito próprio¹⁸. Quanto a terceira classe sucessória, o cônjuge sobrevivente pode vir a suceder o falecido de duas formas: por direito próprio, caso não haja descendentes e, tampouco ascendentes; em concorrência, ou com descendentes ou com ascendentes. Por fim, a quarta classe

marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

sucessória (colaterais até o quarto grau de parentesco) só sucederá se o falecido não tiver deixado nenhum descendente, ascendente ou cônjuge habilitado¹⁹, e sucederão por direito próprio ou por direito de representação, sendo este último modo de suceder possível apenas aos filhos de irmãos do falecido, quando os irmãos deste concorrerem entre si.²⁰

Como podemos observar, a ordem hereditária, a depender do caso, poderá se dar de forma concorrente ou preferencial, a seguir: em primeira posição os descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro; em segunda posição os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro; em terceira posição o cônjuge ou companheiro e, quarta posição os colaterais até o 4º grau de parentesco.²¹

A ordem de sucessão deve observar as seguintes regras: só será chamado a suceder a classe precedente de herdeiros, se faltarem herdeiros na classe subsequente; e no caso dos herdeiros estarem na mesma classe, os mais próximos excluirão aqueles de grau mais remoto, salvo na hipótese de direito de representação.²²

Ainda, caso haja herdeiros em uma mesma classe e com mesmo grau de parentesco, cada um receberá a quota-parte que lhe é devida da herança, obtendo por direito próprio e recebendo por cabeça.²³

1.2.2 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária, como disposto no artigo 1.786 do Código Civil, advém de manifestação de última vontade, expressa em testamento pelo autor da herança.²⁴

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

²¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 160

²² GOMES, Orlando. *Sucessões*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 38.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6. p. 128.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

O Código Civil de 2002 não se ateve a conceituar o testamento, como fez o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.626, *in verbis*: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”.²⁵

Não obstante, esse conceito não parece ser o mais adequado, pois recebia muita crítica doutrinária, por demonstrar-se como uma definição defeituosa. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves explica que:

A definição era considerada defeituosa por omitir a circunstância de que o testamento pode ser utilizado pelo *de cujus* para diversas finalidades, e não apenas para dispor acerca de seus bens para depois de sua morte, bem como a de que se trata de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, solene e gratuito.²⁶

Dessa forma, o legislador ao elaborar o Código Civil atual, não reproduziu a definição vigente à época do Código Civil de 1916. Entretanto, observa-se que a ideia de testamento no Código Civil de 2002, se revela evidentemente em seus artigos 1.857, *caput*, e 1.858, consoante “os quais o testamento constitui ato personalíssimo e revogável por intermédio do qual alguém dispõe da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.²⁷

Apesar do legislador não ter estabelecido um conceito para o testamento, podemos definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte, de acordo com Flávio Tartuce.²⁸

O testamento é um negócio jurídico unilateral e personalíssimo, pois se aperfeiçoa com uma única declaração de vontade, e somente o autor da herança poderá elaborá-lo. E é revogável, tendo em vista que, pode ser modificado a qualquer tempo, consoante dispõe o artigo 1.858 do Código Civil.²⁹

Para que o testador possa dispor todo o seu patrimônio para outra pessoa, não pode haver herdeiros necessários. Caso haja herdeiros necessários, a herança será

²⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 359

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7.p. 230.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 230.

²⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 368.

²⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 368.

dividida em duas partes iguais, e o testador somente poderá dispor livremente de uma parte da herança para concedê-la a qualquer pessoa, inclusive a alguns de seus herdeiros legítimos.³⁰

A capacidade constitui requisito de validade do testamento, portanto para que o testamento seja válido é essencial que o testador tenha capacidade testamentária, atendendo ao disposto no artigo 104, do Código Civil, uma vez que o testamento é um negócio jurídico.

Essa capacidade se entende pela presença dos pressupostos de inteligência e vontade, isto é, a compreensão do que representa o ato, e a manifestação do que o agente quer/deseja. À vista disso, Carlos Maximiliano, citado por Carlos Roberto Gonçalves, considera que:

Para testar são indispensáveis certos requisitos pessoais: inteligência e vontade, compreender e querer – compreender o caráter e os efeitos do ato e querer praticá-lo, bem como poder manifestar essa resolução; exige-se, enfim, a consciência do que se faz, a plenitude da vontade.³¹

Acerca da legitimidade do testador da herança, é importante observar se no momento da formação do testamento o autor da herança era capaz. Se o autor da herança ao testar era capaz e, futuramente se tornou incapaz, o testamento continuará válido. Entretanto, consoante preconiza o artigo 1.861 do Código Civil, se o *de cujus* tiver elaborado o testamento na instância de sua incapacidade e, posteriormente, tiver adquirido a capacidade plena, o testamento não será válido.³²

O artigo 1.860 do Código Civil menciona as pessoas que não podem testar, quais sejam: os incapazes e os que, no ato da declaração, não tiverem pleno discernimento. No tocante aos incapazes, o parágrafo único do artigo 1.860 do Código Civil expõe que os maiores de dezesseis anos podem elaborar um testamento dispondo de sua herança, assim, podemos depreender que o *caput* do referido artigo diz respeito aos absolutamente incapazes. Nesse sentido, coaduna-se o pensamento da autora Maria Berenice Dias ao escrever sobre a ausência do legislador em distinguir a incapacidade no artigo 1.860 do Código Civil:

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 44.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 236.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 339.

Ainda que a regra seja a capacidade, há exceções: os absolutamente incapazes e os que não tiverem pleno discernimento. Um único artigo peca duas vezes para dizer isso (CC 1.860). Primeiro diz que os incapazes não podem testar, sem distinguir incapacidade absoluta (CC 3º) e relativa (CC 4º). Em seguida, admite o testamento dos maiores de 16 anos, que são relativamente incapazes. [...] Apesar da falta de precisão da lei, não dispõem de capacidade testamentária somente os absolutamente incapazes. Os relativamente incapazes não estão atingidos pela proibição.³³

Ao contrário, todas as pessoas, exceto os absolutamente incapazes e aqueles que lhe faltarem total discernimento, podem realizar um testamento válido, por exemplo, o cego, o analfabeto, o falido, o relativamente incapaz etc., embora em alguns casos a lei restrinja o direito a certas formas de testamento.³⁴

Ressalta-se que, o relativamente incapaz ao elaborar o testamento não necessita da assistência de um representante legal ou tutor, haja vista que o testamento é ato unilateral e pessoal.³⁵ Igualmente compreende Carlos Roberto Gonçalves:

Não obstante determinar o Código Civil que aos pais (arts. 1.634, V, e 1.690) e ao tutor (art. 1.747, I) compete assistir o menor, após os 16 anos de idade e até completar a maioridade, nos atos da vida civil, para a facção testamentária ativa o menor não precisa da assistência de seu representante legal, porque, como saliente Itabaiana de Oliveira, o testamento é ato *personalíssimo* que não admite procurador nem ajudante, como é o testemunho. Se se concluísse pela necessidade de assistência dos pais ou do tutor na testamentifacção ativa do filho ou do pupilo, enfatiza o mencionado autor, “forçoso seria concluir por essa mesma assistência nos depoimentos: não haveria maior absurdo do que a intervenção do tutor no depoimento do pupilo”.³⁶

Concernente aos testadores que no ato de testar não tiverem pleno discernimento, necessário se faz evidenciar que estes não se confundem com os portadores de enfermidade ou deficiência mental (alienados de qualquer espécie, como os perturbadores mentalmente, os amentais). As pessoas sem pleno discernimento, ao qual a segunda parte do artigo 1.860 do Código Civil faz menção, não são amentais, são apenas aquelas em que não estariam em perfeito juízo para

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 340.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 236.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 340.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 238.

realizar a declaração de vontade no testamento, devido a embriaguez, uso de drogas, que de qualquer forma sejam transitórias.³⁷

Apesar da sucessão testamentária ser um instituto que pode aparentar trazer segurança jurídica, não é a espécie de sucessão mais utilizada no Brasil, pois, entre outras razões, a sociedade brasileira ainda não constitui o costume de realizar um testamento e, geralmente, quando este é realizado, decorre dos casos em que o testador não mais houver herdeiros necessários e constitui o testamento apenas para expressa a vontade de favorecer eventual terceiro.³⁸

1.3 Pressupostos

Para que ocorra a sucessão, exige-se o preenchimento dos seguintes requisitos: a morte do autor da herança (*de cujus*), e a vocação hereditária. Dessa mesma forma, entende Carlos Roberto Gonçalves que, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-lhe a morte, não há de se falar em herança de pessoa viva. Destarte, constituem pressupostos da sucessão: a) que o *de cujus* tenha falecido; b) que lhe sobreviva herdeiro. Destaca-se ainda que, se o autor da herança estiver vivo, não haverá sucessão. A abertura da sucessão somente se dá com o óbito, real ou presumido.³⁹

1.3.1 Transmissão da herança

A sucessão *mortis causa* gira em torno da morte da pessoa natural e, esta morte como fato jurídico indica o momento em que a herança será transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme disposto no artigo 1.784 do Código Civil.

Assim, pode-se afirmar que a morte do indivíduo é o fato que determina o exato momento no qual haverá a automática e imediata transmissão do patrimônio do

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 239.

³⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 366.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 34.

falecido a quem de direito, ou seja, é a abertura da sucessão. “Trata-se da adoção do sistema pelo qual a herança transmite-se de pleno direito”.⁴⁰

A herança, nas palavras da autora Maria Helena Diniz, constitui o “patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*”.⁴¹ Nesse mesmo sentido, Flávio Tartuce conclui que a herança é um conceito de patrimônio, vista como “patrimônio do *de cujus*”, portanto, para ele, a herança é o patrimônio da pessoa falecida (autor da herança).⁴²

A transmissão imediata do patrimônio é a posse hereditária dos sucessores, regulada pelo princípio de *saisine*, segundo o qual o *de cujus* transmite ao sucessor apenas a posse (direta ou indireta) e o domínio da herança. Por outro lado, a propriedade dos bens só será realizada com a homologação judicial da partilha e, caso sejam bens imóveis, estes só serão alienados com a averbação formal da partilha.⁴³

Sobre o conceito do princípio de *saisine*, Planiol, citado por Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴, esclarece que:

[...] *saisine* quer dizer posse, e *saisine héréditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade. Essa situação se expressa pela máxima *le mort saisit le vif*, princípio que se encontra consignado no art. 724 do Código Civil francês, pelo qual os herdeiros são *investidos de pleno direito* dos bens, direitos e ações do defunto (“Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la succession”).

No Código Civil Brasileiro o princípio de *saisine* encontra-se disposto no artigo 1.784, *in verbis*: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.⁴⁵

Como consequência desse princípio, a abertura da sucessão será regulada pela lei vigente ao momento da abertura da sucessão, bem como a legitimação, para que o fenômeno sucessório ocorra. O mesmo cabe às disposições sucessórias tanto

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 39.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

⁴² TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 11.

⁴³ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁴ PLANIOL apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 39.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

legítimas como testamentárias, regidas pela lei do tempo da abertura da sucessão. Contudo, no que diz respeito a elaboração testamentária, às suas formalidades ou à capacidade para testar, prevalece a lei do tempo em que é feito o testamento.⁴⁶

Ainda sobre a lei que irá regular a sucessão, têm-se que a lei reguladora da sucessão e da legitimação para suceder é a lei vigente ao tempo da morte do autor da herança. Dessa forma, nas sucessões abertas até a data anterior da vigência do Código Civil de 2002, aplica-se o Código de 1916, e as sucessões abertas a partir da vigência do CC de 2002 serão reguladas pelas normas desse mais recente diploma. É uma regra geral, pela qual se aplica às normas que, no passado, alteraram a ordem de sucessão no que se refere ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal), bem como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 6º). Consequentemente, as modificações posteriores à morte não podem alterar a aplicação dessa lei. Nesse sentido, Flávio Tartuce exemplifica que há uma eficácia residual da lei revogada em todos os campos jurídicos, por exemplo, no testamento elaborado sob a égide do Código de 1916 deve-se verificar se as formalidades do antigo ordenamento foram observadas, porém, quanto a legitimação para suceder, observar-se-á novo Código.⁴⁷

Além disso, o princípio de *saisine* assegura a legitimidade dos eventuais herdeiros, haja vista que estes detêm a condição de possuidores e, por isso podem valer-se dos interditos possessórios para a defesa da posse dos bens da herança, desde a morte do autor da herança.⁴⁸

Por fim, vale destacar que o direito impõe a transmissão da herança mediante ficção jurídica.⁴⁹ Desse modo, cabe aos possíveis sucessores demonstrar o que lhes caibam de direito.

1.3.2 Capacidade para suceder

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 41.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: *Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.39.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 40.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 34.

Em tese, o fenômeno sucessório acontece em apenas um momento, na morte, real ou presumida, declarada em sentença judicial. Mas, este não é o único requisito para que ocorra a sucessão.

Até o estabelecimento da sucessão definitiva, deve ser verificado e estabelecido um ou mais sucessores, a quem será transmitido a herança do *de cujus*. A isto denominamos de vocação hereditária, ou melhor, capacidade para suceder.

O artigo 1.798 do Código Civil dispõe que para suceder o autor da herança, o sucessor deve ser pessoa viva ou já concebida ao tempo da abertura da sucessão. Isso ocorre, pois, caso o sucessor faleça antes do atual autor da herança (sucedido), aquele não terá mais capacidade para herdar deste.

Assim, a pessoa que vier a suceder deve ter capacidade sucessória, e esta deve ser observada a partir de três requisitos: ser vivo ou já ser concebido à época da morte; ser capaz, ou seja, estar na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo legislador no artigo 1.829 do Código Civil ou no testamento; e não ser considerado sucessor indigno.⁵⁰

Como primeiro requisito temos que o sucessor deve ter nascido a época da morte do sucedido, ressalvado o direito do concebido ou do nascituro. Ao nascituro se verifica uma situação peculiar, pois os direitos do nascituro são resguardados, mas só serão concretizados com o seu nascimento com vida, podendo ser transmitido a herança do *de cujus* caso o nascituro venha a nascer.⁵¹

O segundo requisito é de que o indivíduo tenha a capacidade para suceder. Essa capacidade vincula-se a ordem de vocação hereditária, já citada acima, pela qual serão chamados para suceder o indivíduo falecido aqueles considerados os mais habilitados, excluindo-se as pessoas de grau mais remoto, se houver, ou seja, os sucessores em grau mais próximo terão preferência para herdar do que aqueles de grau mais distante. Dessa forma, caso o autor da herança tenha descendentes e ascendentes, os descendentes serão os mais habilitados para suceder, conforme a ordem preconizada pela lei e, sobre fundamento de constituírem, naturalmente, um vínculo familiar afetivo mais forte do que os demais.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: *Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: *Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

Por fim, o terceiro requisito é não ser a pessoa considerada um sucessor indigno. A indignidade priva qualquer sucessor legítimo, testamentário ou legatário, de ter acesso a herança do falecido, por ter praticado algum dos atos taxativos indicados no artigo 1.814 do Código Civil⁵², a seguir transcrito:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Diante disso, podemos dizer que a indignidade é um pressuposto negativo para que haja a capacidade de suceder, no qual a pessoa indigna é excluída da sucessão.

Os efeitos do instituto da indignidade são pessoais, não podem ser transmitidos aos descendentes do indivíduo que foi declarado indigno. Sendo a indignidade situação personalíssima, os descendentes do indigno poderão representá-lo e, consequentemente sucederão por conta própria a herança do autor.^{53 54}

Embora a indignidade constitua a exclusão do sucessor da herança, o indigno pode ter sido perdoado de forma expressa pelo autor da herança antes de sua morte. Neste caso, o sucessor indigno será reabilitado para receber a herança, conforme artigo 1.818 do Código Civil, evitando que os outros herdeiros o excluam da sucessão.⁵⁵

Dessa forma, podemos observar que é de suma importância o preenchimento dos requisitos acima mencionados para pode ser verificado o direito sucessório.

Entretanto, há casos no direito sucessório que não encontram respaldo na nossa legislação brasileira e, acabam por gerar um conflito iminente com a realidade. Este é o caso do filho concebido após a abertura da sucessão, tema que será analisado a seguir.

⁵² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

⁵⁴ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 42.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 129.

2 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*: O FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO

A dificuldade ou impedimento para procriar um filho, seja devido a problemas de infertilidade, esterilidade, ou qualquer doença que interfira na procriação de uma vida humana, é a realidade de vários casais que pretendem constituir uma família.

Em face desses problemas comuns entre os casais, os avanços da biomedicina propiciaram técnicas de reprodução humana artificial como uma possibilidade da procriação entre o casal, sem que haja a necessidade do ato sexual. Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, sobreveio a oportunidade do material genético do homem falecido ser inseminado e, posteriormente fecundado no cônjuge sobrevivente. Esta técnica é intitulada de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Todavia, apesar do avanço tecnológico da medicina, surgiram diversos questionamentos conflituosos no âmbito jurídico quanto a realização dos métodos de reprodução humana assistida, haja vista a inexistência de uma legislação brasileira que discipline de forma mais detalhada o assunto em questão, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório daquele que será concebido por inseminação artificial homóloga após a morte.⁵⁶

2.1 A Reprodução Humana Assistida

A reprodução humana assistida surge como meio de possibilidade do nascimento de um ser humano que não seja da forma mais natural existente, mas sim por métodos científicos criados pela medicina que ajudam no desenvolvimento da procriação humana e que, permite ao casal escolher, livre e voluntariamente, o momento de ter filhos.⁵⁷

⁵⁶ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17-31.

Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz conceitua a reprodução humana assistida como um “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano”.⁵⁸

Outrossim, Jussara Meirelles explica que a reprodução assistida não se limita às práticas de implantação artificial de gametas ou embriões humanos no ventre feminino, a fim de dar facilidade à procriação. Para ela, todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução interferindo no processo natural são consideradas como reprodução assistida.⁵⁹

2.2 As Técnicas de Reprodução Artificial

Embora a variedade de técnicas artificiais cientificamente desenvolvidas seja bastante amplo, importante se faz descrever, ainda que de forma breve, as mais utilizadas.

Atualmente, as técnicas de reprodução humana artificial mais utilizadas são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.⁶⁰

A inseminação artificial é uma técnica científica, pela qual consiste na introdução do espermatozoide na cavidade uterina ou no canal cervical, por intermédio de um tubo específico denominado de “cânula”, no período em que o óvulo se encontra mais propenso para ser fecundado. Por outro lado, a fertilização *in vitro* consiste em resguardar um ou vários óvulos de uma mulher para fecundá-los em laboratório e, após um curto período (algumas horas ou até dois dias) realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio, ou seja, é reproduzido o processo de fecundação do óvulo com técnica de laboratório.⁶¹

Tanto a inseminação artificial, quanto a fertilização *in vitro*, ainda podem ser classificadas em homólogas e heterólogas. Na reprodução assistida homóloga o material genético utilizado provém do próprio casal solicitante, e na reprodução

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 475.

⁵⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶⁰ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

heteróloga se utiliza o material genético de um terceiro, um doador, alheio ao casal que deseja ter filhos.⁶²

Juliana Frozel de Camargo explica que no processo de inseminação artificial não é garantida a fecundação do óvulo. Esta técnica é utilizada para designar tão somente a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, a partir de então, ocorrer ou não a fecundação, “fusão do óvulo e espermatozoide”. E no caso da fecundação artificial, têm-se efetivamente o embrião que será transferido para o útero materno.⁶³

O emprego dessas técnicas encontra respaldo na mais atual Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017⁶⁴ que, visa aprimorar o atendimento aos diversos pacientes que buscam realizar o sonho parental, como os solteiros, casais homoafetivos, aqueles que tenham problemas de infertilidade, entre outros casos.

2.3 Normas Norteadoras

No Brasil, o Código Civil de 2002 é omissivo em relação às regras da reprodução humana assistida e, tampouco há uma legislação específica que trate a respeito desta. Atualmente, o tratamento sobre a reprodução assistida se dá por intermédio de regras de deontologia médica.⁶⁵ A Resolução nº 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina as técnicas de reprodução assistida, é a resolução mais recente que vigora sobre o tema, e serve como parâmetro ético para ser seguido pelos médicos.⁶⁶

Constata-se que ao longo dos anos, o Conselho Federal de Medicina vem publicando novas resoluções sobre a reprodução assistida e, revogando as antigas, na medida em que se percebe a necessidade de modificação, seja por questão

⁶² CAMARGO, Juliana Frozel de. Reprodução humana assistida: *ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.p. 30-31.

⁶³ CAMARGO, Juliana Frozel de. Reprodução humana assistida: *ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.p. 30-31.

⁶⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁶⁵ FRANCA, Alison José da; CARDOSO, Ana Carolina Leite A.; DORES JR., Carlos Alberto dos Santos das; REMÉDIO, Eduardo José; BONETO, Gabriel Possamai; SANTOS, Henrique Coutinho Miranda; MAIRRO, Ricardo Felipe. Reprodução assistida "post mortem". Disponível em: <https://coutinhocarlotajusbrasil.com.br/artigos/236655745/reproducao-assistida-post-mortem#comments>. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁶⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

temporal ou por observância de peculiaridades de algumas técnicas. Ao todo já foram 5 resoluções, contando com a mais recente delas e que vigora atualmente.⁶⁷

A primeira Resolução a ser editada e adotada pelo Conselho Federal de Medicina foi a Resolução nº 1.358/92⁶⁸ que, vigorou durante dezoito anos, estabelecendo normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A referida Resolução veio a suprir parte da omissão legislativa sobre os aspectos das técnicas de reprodução humana assistida.

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina além de buscar auxiliar problemas ligados a infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando de outras formas que não tenham sido eficazes para a solução de infertilidade, destacou os sujeitos que poderiam fazer o uso da técnica, sendo alterada e complementada pelas Resoluções posteriores, de forma que passou a integrar como pacientes todas as pessoas capazes, pessoas que façam parte de relacionamento homoafetivo, e os solteiros.⁶⁹

Apesar da Resolução de 1992 ter trazido normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, o Código Civil de 2002, publicado anos após a Resolução, não trouxe matéria que normatizasse aspectos sobre a reprodução humana assistida. Nesse ponto, observa-se que o surgimento do Novo Código Civil de 2002 já se mostrou ultrapassado por constituir, a partir da leitura de seu texto, institutos conservadores e incoerentes com o momento social e tecnológico enfrentado antes e durante o momento em que foi posta em vigor e que, perdura no presente.

Para não afirmar que a omissão do Código Civil de 2002 frente aos avanços da área da medicina foi absoluta, ressalta-se que o Código satisfaz parte da matéria,

⁶⁷ Resoluções n. 1.358/92, n. 1.957/2010, n. 2013/13, n. 2.121/2015 e n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.358/1992*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁶⁹ “II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.358/1992*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

embora tão somente quanto ao reconhecimento das técnicas de reprodução assistida e a presunção de filiação paterna.⁷⁰

Quanto a reprodução humana assistida *post mortem*, esta veio a ser disciplinada pelo Conselho Federal de Medicina a partir de sua Resolução nº 1.957/2010⁷¹, permitindo o uso da técnica sob a única condição de que haja a autorização prévia específica da pessoa falecida. Tal disposição passou a ser reiterada nas resoluções posteriores, inclusive na mais atual de 2017.⁷²

Em geral, percebe-se que as técnicas de reprodução humana assistida são métodos já regulamentados na área da saúde e possuem normas éticas formuladas pelo Conselho Federal de Medicina quanto a sua utilização. Porém, considerando o avanço tecnológico ante a possibilidade do congelamento do material genético por prazo indeterminado, a reprodução humana assistida torna-se um obstáculo em situações específicas, como no âmbito jurídico, especialmente por não ser regulamentada. Essa é a situação em que se encontra a inseminação artificial homóloga após a morte daquele que deixou o seu material genético para ser utilizado posteriormente como meio de conceber uma vida humana.

2.4 A Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a inseminação artificial *post mortem* é uma nova possibilidade de procriação factível por intermédio do congelamento do esperma.⁷³

Esta possibilidade, ocorre em casos mais específicos, como para preservar a fertilidade de um homem em tratamento terapêutico atingido por uma doença grave (câncer nos testículos, por exemplo), em razão de baixa possibilidade de cura, além

⁷⁰ Artigos 1.597, III e 1.798, ambos do Código Civil de 2002.

⁷¹ “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁷² “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: *aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154.

do alto risco de esterilização. Para isso, recolhe-se o esperma do homem, antes da realização do tratamento.⁷⁴

Diante da possibilidade de esterilização irreversível, muitos casais recorrem aos bancos de esperma para conservação. E o homem que congelou seu esperma num desses bancos, pode falecer e a viúva, pedir a devolução do material congelado, para que seja nela inseminado. Todavia, essa inseminação artificial homóloga *post mortem* gera discussões problemáticas, exclusivamente quanto ao direito das sucessões.⁷⁵

Registra-se como marco inicial das discussões jurídicas sobre a reprodução assistida *post mortem*, o caso mundialmente conhecido como “Affaire Parpalaix”⁷⁶, ocorrido em 1984, na França, que originou o ajuizamento de ação no Tribunal da Grande Instance de Créteil por Corinne Richard, a qual buscava decisão judicial para a devolução do sêmen do falecido marido Alain Parpalaix, com intuito de realizar a inseminação artificial homóloga *post mortem*.⁷⁷ No caso, o tribunal considerou que o contrato entre Alain Parpelaix e o CECOS, era *sui generis* obrigando tanto a conservação do esperma pelo banco quanto a restituição quer ao depositante ou, quer à pessoa a qual o esperma era destinado.⁷⁸ Desse modo, o Tribunal autorizou o procedimento, pois não ofenderia a lei, entretanto, ante a demora da ação judicial, a inseminação não foi realizada, em virtude da impropriedade do material genético poder ser fecundado. Posteriormente ao caso Parpelaix, mesmo o Tribunal tendo

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: *aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: *aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154-155.

⁷⁶ FREITAS, Douglas Philips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a>. Acesso em: 02 jun. 2019.

⁷⁷ Resumo dos fatos: “[...] Alain Parpelaix, estando em comunidade de vida com Corinne R., fora atingido de um câncer nos testículos, Advertido por seu médico do risco da esterilidade que provocava o tratamento quimioterápico, Alain P. depositou no CECOS, em 7 de dezembro de 1981, o produto de uma coleta de seu esperma. Durante os anos de 1982 e 1983 ele submeteu a diferentes tratamentos e, finalmente, morreu em 25 de dezembro de 1983, após haver contratado casamento com Corinne R. em 23 de dezembro precedente. A viúva e seus parentes, solicitaram ao CECOS, que se negou, a devolução do esperma coletado, com finalidade de proceder à inseminação de Corinne Parpelaix[...]”. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: *aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 232-233.

⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: *aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 235.

considerado que a inseminação não ofenderia a lei, a legislação francesa proibiu a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*.⁷⁹

Após este caso, vários países iniciaram uma discussão sobre a destinação do material genético coletado, como a exemplo, têm-se o caso ocorrido em Taiwan e, veiculado em diário de notícia, citado por Carlos Cavalcanti, onde se noticia que mais de dois dias após a morte de um oficial, fora retirado o esperma deste, para que a noiva pudesse conceber um filho por inseminação artificial. Aparentemente, em um primeiro momento, o ministro da defesa teria recusado o pedido da noiva, mas diante da pressão popular o primeiro-ministro acabou por ceder ao pedido.⁸⁰

Inclusive, no Brasil essa discussão tomou maiores proporções após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, por oposições sócio-jurídicas existentes.

2.5 A legitimidade da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* no Brasil

No Brasil, ainda não existe uma legislação específica que trate sobre a reprodução humana assistida, bem como não há o detalhamento a respeito de como se darão as técnicas de reprodução assistida sob o âmbito jurídico. Diante desse vácuo legislativo, não se vislumbra a expressa vedação, nem permissão legal para a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

No ordenamento jurídico brasileiro, pouco se verifica a presença das técnicas de reprodução humana assistida. Dentre as várias técnicas de reprodução humana assistida, o artigo 1.597 do Código Civil faz referência há algumas dessas técnicas em seus incisos III a V, ao estabelecer a presunção de paternidade, inclusive em relação a fecundação artificial homóloga, mesmo após a morte do companheiro (Artigo 1.597, inciso III, Código Civil).⁸¹ Além disso, o Enunciado 105 da I Jornada de Direito

⁷⁹ L'EXPRESS. *Les cas de procréation post mortem en france et à l'étranger*. Disponível em: https://www.lexpress.fr/actualite/societe/les-cas-de-procreation-post-mortem-en-france-et-a-l-etranger_780031.html. Acesso em: 01 jun. 2019.

⁸⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. p. 2. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸¹ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

Civil⁸² vêm a reforçar que as expressões dispostas nos referidos incisos do artigo 1.597 do Código Civil são consideradas como técnicas de reprodução humana assistida.

Entretanto, como se observa, a disposição constante no artigo 1.597 do Código Civil somente se refere a proteger a filiação da criança concebida por intermédio da reprodução assistida, independente o momento que a criança irá nascer, não suprimindo outros direitos desta criança que, eventualmente pode vir a ser concebida após a morte de seu pai.

Como verificado em tópico das normas norteadoras da reprodução assistida, atualmente o único texto que regulamenta a reprodução assistida é a Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a qual traz normas sobre a utilização ética das eventuais técnicas de reprodução assistida que serão operadas por médicos, mas que apesar disso não detém caráter de lei.⁸³

A Resolução nº 2168/2017 do CFM, no item V, nº 3 ⁸⁴, assim estabelece:

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 3. no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Ademais, o item VII da mencionada Resolução, dispõe que “É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.⁸⁵

Dessa forma, nota-se que o Conselho Federal de Medicina reconhece e admite a utilização da técnica da reprodução assistida póstuma, somente com autorização prévia e específica da pessoa falecida para que se possa ser realizado o procedimento técnico.

⁸² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 105 (aprovado na I Jornada de Direito Civil)*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>. Acesso em: 26 mai. 2019.

⁸³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁸⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mai. 2019.

Em contrapartida, esbarramos na omissão legislativa brasileira sobre a matéria em comento, o que dá azo há variadas interpretações acerca do tema. A doutrina divide-se em duas correntes em relação a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*: àqueles que entendem ser plenamente possível a prática da inseminação artificial homóloga póstuma e a outra corrente que entende não ser possível tal prática.⁸⁶

Aqueles que entendem pela impossibilidade da técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem* argumentam que o fato da morte já torna nula a permissão da técnica de reprodução assistida, irrelevante a autorização anterior do cônjuge que faleceu. Além disso, sustentam a impossibilidade da técnica alegando a falta de validade constitucional com base no projeto de parentalidade, como meio de assegurar uma família biparental (formada por ambos os pais) e o melhor desenvolvimento da criança.⁸⁷

Para Eduardo de Oliveira Leite, quando não se tem mais um casal solicitando um filho, não há mais nada que defenda a existência da inseminação homóloga. E ainda, expõe que tal solicitação provocaria perturbações psicológicas em relação à criança e a mãe da criança. Baseado nisso, o autor chega a questionar se o nascimento da eventual criança seria uma forma da mulher viúva preencher a solidão deixada pela morte do marido, assim, podendo afetar o crescimento “psico-afetivo” da criança.⁸⁸

Nesse ponto, assim como Henrique Coutinho Miranda Santos e outros autores, entendo que os comentários feitos por Eduardo de Oliveira Leite, data máxima vênia, se revelam machistas e superficiais. O fato da mulher querer dar continuidade ao projeto familiar, mesmo sem a presença do cônjuge é algo normal e corajoso nos dias atuais e que não causa estranheza. De modo igual, ocorre no caso em que, a mulher considera em dar continuidade a formação de uma família mesmo após a morte do

⁸⁶ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 11. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁸⁷ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 12. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

seu cônjuge, o que não seria diferente na reprodução assistida homóloga *post mortem*.⁸⁹

Mônica Aguiar defende que a morte do cônjuge revoga o seu consentimento anteriormente prestado, de forma que o concebido seria filho apenas do cônjuge sobrevivente.⁹⁰

Em mesmo posicionamento doutrinário, Guilherme de Calmon Nogueira argumenta ser uma questão polêmica, uma vez que alguns autores admitem como viável a disposição testamentária em prol de prole eventual resultante das técnicas de inseminação homóloga, pois, segundo o autor, violaria o princípio da igualdade entre os filhos caso haja a inseminação homóloga póstuma, vez que o tratamento no direito sucessório seria diferenciado.⁹¹

No que se refere a doutrina que defende a possibilidade da aplicação do inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil, essa tem por fundamento o princípio da autonomia da vontade, o princípio da igualdade entre os filhos⁹², além de também utilizar como argumento o projeto de parentalidade/planejamento familiar, visto que vem se tornando cada vez mais comum encontrarmos famílias monoparentais em nossa sociedade, apenas com a presença da mãe.

Maria Berenice Dias ao discutir o uso das técnicas de reprodução humana assistida, considera que esse é um direito fundamental, objeto natural do planejamento familiar, que decorre do direito da liberdade da pessoa. E consoante a mesma, têm-se que o projeto parental inicia-se durante a vida do casal, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*.⁹³ Nesse mesmo sentido, Carlos Cavalcanti de

⁸⁹ FRANÇA, Alison José da; CARDOSO, Ana Carolina Leite A.; DORES JR., Carlos Alberto dos Santos das; REMÉDIO, Eduardo José; BONETO, Gabriel Possamai; SANTOS, Henrique Coutinho Miranda; MAIRRO, Ricardo Felipe. *Reprodução assistida "post mortem"*. Disponível em: <https://coutinhocarlotajusbrasil.com.br/artigos/236655745/reproducao-assistida-post-mortem#comments>. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁹⁰ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 117.

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

⁹² FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 11. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁹³ DIAS, [s.d.] apud CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113-114.

Albuquerque Filho, esclarece que o planejamento familiar ocorre quando vivos aqueles que o desejam, mas seus efeitos podem se originar após a morte.⁹⁴

Em contrariedade àqueles que não entendem pela possibilidade da inseminação artificial homóloga póstuma, Karla Fischer afirma que o texto constitucional em seu art. 226, parágrafo 7º, acompanhado da legislação especial (Lei n. 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar), estabelece normas para o acesso às técnicas de reprodução humana assistida, buscando possibilitar a qualquer cidadão o livre acesso ao planejamento familiar. E vai além, explicando que todas as pessoas têm direito ao planejamento familiar, o qual deve ser entendido como a possibilidade de se buscar tanto métodos conceptivos como contraceptivos, estabelecendo um “conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º, Lei n. 9.263/96)⁹⁵

Nessa mesma concepção, Douglas Phillips Freitas explica que a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, veda a redução do direito à livre decisão de um casal para planejar sua família, pois tal limitação seria contrária aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.⁹⁶

Por assim, compreende-se que de fato a família biparental seria o projeto de família mais ideal para criança. Entretanto, este não chega a ser um argumento plausível que por si só possa negar a possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem* quando iniciado o projeto parental durante a vida do casal. A família formada pelo pai, mãe e filhos já não é mais o modelo comum de família tradicional na sociedade brasileira, portanto, não faz sentido negar o direito da procriação póstuma pela viúva.

Não obstante o embate acerca da possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem* com argumentos pautados na interpretação constitucional,

⁹⁴ALBUQUERQUE FILHO, 2006 apud FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 11. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁹⁵FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 11. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

⁹⁶FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a>. Acesso em: 02 jun. 2019.

negar a prática de tal técnica me parece ser um pensamento ultrapassado. Para além do artigo 1.597 do Código Civil contemplar a técnica da inseminação artificial póstuma ao presumir a paternidade, mesmo que superficialmente, constata-se há proteção constitucional da família monoparental.

Assim, reconhecida a possibilidade da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, trataremos a seguir sobre a lacuna legislativa existente quanto ao direito à herança do filho concebido após abertura da sucessão.

2.6 Princípio da Coexistência e o Filho Concebido após a Abertura da Sucessão

O Código Civil 2002 ao tratar da legitimação à herança em seu artigo 1.798, adotou o princípio da coexistência, o qual expressa que somente será legítimo a suceder na hipótese em que a pessoa for viva ou for concebida já no momento da abertura da sucessão.⁹⁷ O princípio da coexistência é a regra geral, mas há exceções no caso do nascituro e da prole eventual ou concepturo.⁹⁸

De acordo com o artigo 2º do Código Civil, o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade natural, mas são assegurados os direitos do nascituro, desde a concepção.⁹⁹ Sílvio Venosa define o nascituro como um ente já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno, podendo de tornar sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, pois a lei não lhe confere personalidade se o nascituro nascer com vida. Para ele, trata-se de uma prole eventual.¹⁰⁰

Acerca dos nascituros, Carlos Roberto Gonçalves afirma que estes “podem ser chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber deixo testamentária”.¹⁰¹

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 70-71.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 70-71.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 70.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio Salvo de. *Direito Civil: Parte Geral*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. v.1. p. 134.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 70.

Na hipótese de prole eventual, o Código Civil também abre exceção ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir a sucessão, sejam chamadas a suceder na sucessão testamentária. Ao falar da prole eventual, “não se trata mais do nascituro (*conceptus*), mas do *nondum conceptus*, ou seja, de indivíduo ainda não concebido. Em tais casos, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto”¹⁰².

Além disso, para que ocorra a sucessão testamentária da prole eventual, o concepturo deverá nascer com vida dentro do prazo de dois anos, conforme estipulado no artigo 1.800, §4º do Código Civil.

Em se tratando do concebido *post mortem*, situação daquele que será concebido após a abertura da sucessão, o direito à herança deste não encontra respaldo em nosso Código Civil Brasileiro. Para isso, muitos doutrinadores recorrem aos princípios do direito, como a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, a igualdade entre os filhos.

Cumprindo agora, portanto, analisar os princípios que são aplicáveis a inseminação artificial homóloga *post mortem*, para depois podermos adentrar nos diversos posicionamentos doutrinários. Destaca-se que os princípios a seguir não são os únicos aplicáveis.

2.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana concerne em um princípio basilar para os demais ramos do Direito. Este princípio está incluído na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, no qual apresenta a existência do princípio da dignidade da pessoa humana sem uma definição, todavia, uma vez considerado como princípio constitucional, deve-se atender como uma finalidade a ser sempre alcançada ou preservada pelo Estado brasileiro.¹⁰³

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 72.

¹⁰³ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família*. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 1, n.1, p.1-24, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 08 jun. 2019.

Em questão de simplicidade, a dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos fundamentais do ser humano, mas a sua aplicabilidade pode-se tornar bastante complexa.¹⁰⁴

Euclides Benedito de Oliveira se pronuncia a respeito dos princípios constitucionais no campo do direito das sucessões como um princípio de obrigatória observância pelo sistema normativo. Nesse contexto, aduz que a concessão de bens da herança aos seus sucessores deve levar em conta o critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhes transmita uma existência justa e digna perante o contexto social ao qual se convive.¹⁰⁵

Jussara Maria Leal Meirelles ensina que, os embriões criopreservados podem representar as gerações futuras. Outrossim, os já nascidos, um dia também foram embriões na sua etapa inicial de desenvolvimento. Desse modo, considera-se os embriões criopreservados e *in vitro* pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, portanto, a eles é aplicável o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

Com os avanços biotecnológicos, a dignidade da pessoa humana se mostra como consequência destes, especialmente quando se destinam a atingir o ser humano, afetando a sua dignidade, já que tal princípio vem a impedir que o ser humano seja reduzido ao conceito de “coisa”. Desse modo, em relação as técnicas de reprodução assistida, entende-se que esse princípio também deve ser observado e respeitado.¹⁰⁷

Para além de se observar os embriões criopreservados e o princípio da dignidade da pessoa humana, cabe lembrar ainda que, a reprodução assistida existe como forma de tornar real o projeto familiar antes desejado ou já imaginado. Portanto, na seara da família, merece importante destaque o princípio da dignidade humana, haja vista a família ser uma garantia constitucional, conforme indicado no artigo 226 da Constituição Federal.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131

¹⁰⁵ OLIVEIRA [s.d] *apud* CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 139.

¹⁰⁶ MEIRELLES, 2003 *apud* FERRAZ, Caroline Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 44.

¹⁰⁷ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

À vista disso, têm-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio repleto de direitos fundamentais¹⁰⁹, passível de diversas interpretações e que, busca alcançar a igualdade entre diferentes pessoas, devendo ser aplicado à realidade social de cada momento histórico, já que a própria Constituição Federal reconhece a desigualdade e, por conseguinte, busca o tratamento isonômico social, ou seja, igualar os desiguais na medida de suas desigualdades.¹¹⁰

2.6.2 Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança é também garantido na Constituição Federal por intermédio do seu artigo 227¹¹¹, o qual institui diretrizes a fim de que se dê à criança um desenvolvimento saudável.

A Constituição não é único preceito legal que trata sobre a criança. O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral, garantindo-lhes a lei meios para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade e liberdade.¹¹²

A respeito do surgimento e manutenção desse princípio, observa-se que houve a necessidade de reparar uma grave situação de inferioridade ao qual o menor era submetido, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família ou sociedade sob a ótica do Direito.¹¹³

Nesse sentido, com o princípio do melhor interesse da criança, estes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais e, além disso, como seres ainda em desenvolvimento são considerados como portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas na sua proporção.¹¹⁴

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131.

¹¹⁰ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 5. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

¹¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹¹² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 457.

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 457.

É com fundamento no melhor interesse da criança que Guilherme Calmon entende que se deve recorrer além das normas jurídicas, a outros ramos da ciência, como a psicologia, a fim de analisar os efeitos que serão gerados na criança que nascer sem conhecer o pai, por vontade de sua mãe.¹¹⁵

Desse mesmo entendimento, compartilha Eduardo Oliveira Leite ao afirmar que, a inseminação artificial homóloga *post mortem* é prática desaconselhável, uma vez que perturbaria psicologicamente a criança e mãe desta.¹¹⁶

Assim, têm-se que o princípio do melhor interesse da criança é utilizado por doutrinadores como Guilherme Calmon e Eduardo Oliveira Leite, a fim de fundamentar a existência ou inexistência da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Todavia, e embora haja interesses diferentes, o desejo da mulher de procriar uma criança em contraposição ao melhor interesse da criança, não podemos supor que o princípio do melhor interesse da criança impede, imediatamente, que a criança possa ser concebida e criada por uma mãe sozinha. Nesse caso, é importante haver uma análise concreta de cada caso, para verificar se as condições são favoráveis ao desenvolvimento da criança. Por essa razão e, ante ao vazio legislativo sobre as técnicas de reprodução assistida, ou mesmo após a matéria ser legislada no futuro, deve ser observado esse princípio quando se tratar do concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, para que esta tenha condições favoráveis ao seu desenvolvimento como pessoa.¹¹⁷

2.6.3 Princípio da igualdade entre os filhos

Antes da Constituição Federal de 1988, existiam diferentes classificações para os filhos, declarando-se alguns filhos como legítimos e outros como ilegítimos, ou seja, aqueles que eram concebidos na constância do casamento, e os nascidos de uma

¹¹⁵ GAMA, 2008 apud FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. p. 12. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

¹¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

¹¹⁷ TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Inseminação Post Mortem em face dos princípios constitucionais e seus reflexos no direito sucessório*. *Revista Cadernos de Graduação*, v. 2, nº 3, 2015. Disponível em: http://flucianofeijao.com.br/novo/wp-content/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

relação concubina. No Código Civil de 1916, somente os filhos legítimos podiam ser reconhecidos e presumidos como filhos.¹¹⁸

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, institui-se a igualdade entre os filhos como regra, com proibição de qualquer discriminação entre os filhos. Esse princípio se encontra disposto no artigo 227, §6º do referido texto legal.¹¹⁹ Outrossim, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 20¹²⁰, também instituíram o mesmo preceito constitucional.¹²¹

Conforme Guilherme Calmon, o princípio da igualdade entre os filhos trouxe a qualquer forma de família função que anteriormente não lhe era reconhecida, a de servir aos seus integrantes, permitindo que eles possam ter meios necessários para desenvolver plenamente suas personalidades, aptidões ou qualidades, com centralização na pessoa dos filhos menores, diante da proteção integral da criança e do adolescente.¹²²

É diante desse princípio que, ainda, o mencionado autor explicita que no momento atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir o acesso da ex-companheira as técnicas de reprodução humana assistida homóloga, mesmo se deixada a vontade expressa da pessoa falecido, vez que para Guilherme Calmon, o nascimento e desenvolvimento sem a presença de um pai pode gerar efeitos psicológicos na criança.¹²³

Segundo Edfábio da Nóbrega Xavier, em razão do princípio da igualdade, não há como se fazer distinção entre os filhos biológicos concedidos antes ou depois do

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 399-403.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 169.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 421.

¹²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 456.

¹²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

falecimento de um dos genitores. E para efeito sucessórios, ambos possuem os mesmos direitos.¹²⁴

2.6.4 Princípio da Segurança Jurídica

Importante análise vale ser realizada quanto ao princípio da segurança jurídica, pois este pode vir a ser argumento de óbice para que o filho concebido após a abertura da sucessão receba sua quota da herança.

No sistema jurídico como o nosso, o cidadão vê como necessidade que as regras jurídicas sejam expressas já que, ao contrário, a omissão de um tema relevante pode causar condição de instabilidade.¹²⁵

Sob este aspecto, surge o questionamento se a inseminação artificial homóloga *post mortem* não seria ameaça ao ordenamento jurídico no campo do direito sucessório, ao ceder direito ao embrião e a prole eventual que ainda não foi fecundada, igualmente ao que se confere aos filhos já concebidos.¹²⁶

Nesse caso, e como afirmado por Marcio Rodrigo Delfim, o que se verifica é a colisão de dois princípios constitucionais¹²⁷, a dignidade da pessoa humana (pessoa viúva e do filho concebido após a morte de seu pai) e a segurança jurídica (dos herdeiros concebidos quando vivo o autor da herança).¹²⁸

A colisão desses dois princípios citados pode ser solucionada pelo critério de ponderação, no qual um dos princípios terá precedência em face do outro sob

¹²⁴ XAVIER, Edfábio da Nóbrega. *Considerações acerca da reprodução assistida homóloga e o direito sucessório*. Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública (GVAA). Pombal, Paraíba, v.3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/4053/3609>. Acesso em: 31 mai. 2019.

¹²⁵ TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Inseminação Post Mortem em face dos princípios constitucionais e seus reflexos no direito sucessório*. Revista Cadernos de Graduação, v. 2, nº 3, 2015. Disponível em: http://flucianofeijao.com.br/novo/wp-content/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

¹²⁶ TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Inseminação Post Mortem em face dos princípios constitucionais e seus reflexos no direito sucessório*. Revista Cadernos de Graduação, v. 2, nº 3, 2015. Disponível em: http://flucianofeijao.com.br/novo/wp-content/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

¹²⁷ “[...] o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido [...]”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 93.

¹²⁸ DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”*. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>. Acesso em: 09 jul. 2019.

determinadas condições, sempre em observância ao caso concreto. Além disso, ressalta-se que nenhum princípio é absoluto.¹²⁹

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 94.

3 DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

Consoante os princípios examinados acima, e ante o reconhecimento da inseminação artificial homóloga *post mortem*, as doutrinas são divergentes em seus entendimentos a respeito do princípio da coexistência e o filho concebido após a abertura da sucessão.

Somente pela leitura do artigo 1.829 do Código Civil, podemos interpretar que o filho concebido após a morte do seu genitor está eliminado da habilitação para suceder, e conseqüentemente, entender que apenas os nascituros e os filhos já concebidos poderão participar da sucessão, desprotegendo aqueles que ainda não foram concebidos, já que ainda não foram implantados no útero da mulher viúva, após a morte do seu ex-companheiro.¹³⁰

Por outro lado, inconsistente seria negar o direito de herança aos filhos havidos após a morte do seu pai, visto que deve ser levado em conta os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e da igualdade entre os filhos.

3.1 Posições doutrinárias quanto aos efeitos da inseminação artificial *post mortem*

Quanto aos efeitos da inseminação artificial, verifica-se a existência de três posições doutrinárias: a) a excludente (não reconhece nenhum direito ao filho concebido *post mortem*); a relativamente excludente (admite efeitos mitigados); e c) a inclusiva (reconhece plenos direitos).¹³¹

a) Excludente

¹³⁰ LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de; LIRA, Daniel Ferreira de. O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: *da inquietação sucessória às diferenças*. 2012. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12152. Acesso em: 31 mai. 2019.

¹³¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

A corrente excludente é a parte da doutrina que não reconhece qualquer direito ao filho concebido após a morte por reprodução assistida, tanto para o direito de família, quanto para o direito sucessório.¹³²

Os doutrinadores que seguem essa linha, como Eduardo de Oliveira Leite e Mônica Aguiar, já citados em tópico sobre a legitimidade da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, entendem pela proibição da prática de reproduções assistidas, seja por acreditarem que a morte já tornaria negativa a permissão da técnica, ou que haveria risco ao projeto parental idealista, ou que afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

b) Relativamente excludente

Há ainda, aqueles que sustentam que a criança gerada por intermédio de uma reprodução assistida teria direitos civis reconhecidos, contudo de maneira limitada, não sendo ela incluída na condição de herdeiro do genitor pré-morto.¹³³

Guilherme Calmon atua nessa linha de pensamento afirmando que, se a técnica de reprodução assistida *post mortem* for utilizada, a paternidade poderá ser reconhecida, tão somente por questão biológica e pressuposto de risco, contudo não admite os efeitos sucessórios, podendo, nesse caso, a criança prejudicada pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que realizaram o procedimento médico.¹³⁴

Diante disso, Carlos Cavalcanti de Albuquerque defende que não há disposição legal que proíba expressamente a fecundação artificial *post mortem*. Ainda, a possibilidade de responsabilização civil a qual Guilherme Calmon se refere é de se imaginar surreal, pois, se assim o fosse, os filhos de relações não planejadas ou indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para pleitear a responsabilização dos seus genitores. Então, inadmissível seria falar de responsabilização civil da genitora

¹³² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1000.

no caso da inseminação artificial *post mortem*, situação na qual o nascimento de um ser é desejado e esperado para se tornar integrante de uma família, frente aos princípios da igualdade entre os filhos, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.¹³⁵

Embora se tenha doutrinadores que mitigam o direito do filho concebido por reprodução assistida, Carlos Cavalcanti traz uma observação que poderia ser considerada nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, referente ao direito sucessório deste. O autor explica que, alguns doutrinadores defendem a possibilidade de assegurar o direito sucessório do filho concebido após a morte no âmbito da sucessão testamentária, caso haja expressa manifestação de vontade em benefício a prole eventual do falecido que deixou o material conservado. Isso se justificaria no questionamento apontado por Juliane Fernandes Queiroz¹³⁶ de que, se o testador pode atribuir herança a prole eventual de terceiro, por que não poderia atribuir à sua própria prole eventual? Todavia, embora fosse admitida tal possibilidade, dever-se-ia fixar um prazo de espera do nascimento do filho advindo de reprodução assistida, a fim de que não houvesse prejuízo aos demais herdeiros já concebidos.¹³⁷

c) Inclusiva

A doutrina denominada de inclusiva reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos a criança nascida por essa técnica, inclusive no campo do direito sucessório.¹³⁸

À luz do princípio da igualdade entre os filhos, Carlos Cavalcanti explica que em sistemas jurídicos como o brasileiro em que há a constitucionalmente a igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º, da Constituição Federal), não se poderia admitir

¹³⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁶ QUEIROZ, [s.d]. apud ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

restrição ao direito do filho concebido mediante inseminação artificial *post mortem*, muito menos advinda de uma legislação infraconstitucional, vez que tal situação não tem amparo constitucional e, por outro lado, não há previsões de exceções a igualdade entre os filhos, portanto, não caberia ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete da lei estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.¹³⁹

Outrossim, Carlos Cavalcanti afirma que o simples fato da criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco seria suficiente para se considerar inserida na ordem de vocação hereditária.¹⁴⁰

De igual forma, Carlos Roberto Gonçalves entende que se na sucessão legítima se confere aos filhos iguais direitos sucessórios, e se o atual Código Civil trata os filhos provenientes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como concebidos na constância do casamento, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Ademais, o entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, no direito brasileiro, de filho que não tem direitos sucessórios, incompatível com o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.¹⁴¹

Vale destaque e analogia, o entendimento da Carolina Valença Ferraz ao relatar que o embrião *in vitro* é sujeito de direito, pois para o embrião se presume a filiação e impede-se a distinção entre os demais filhos já concebidos.¹⁴² Assim, vejo que o mesmo poderia ser aplicado a inseminação artificial *post mortem*, vez que o próprio Código Civil presume a filiação deste também.¹⁴³

Nesse sentido, a autora argumenta a impossibilidade da concepção de um titular de direitos, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sem que os

¹³⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7. p. 77.

¹⁴² FERRAZ, Caroline Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 82-89.

¹⁴³ Artigo 1597 do Código Civil Brasileiro de 2002.

direitos patrimoniais lhe fossem deferidos. Ademais, seria conflituoso assegurar a vida de outrem, sem que lhe seja dado o mínimo necessário à sua subsistência.¹⁴⁴

A professora Giselda Maria Fernandes Hironaka também sustenta a ideia de que ao filho concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do genitor é assegurado o direito sucessório, desde que preenchidos os requisitos do Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal¹⁴⁵, quais sejam a condição de viuvez e a autorização do marido para utilização do material preservado após a sua morte.¹⁴⁶

Consoante o presente exposto acima, têm-se que haveria a possibilidade de reconhecer os direitos sucessórios do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, haja vista que a negação deste direito ao filho violaria os demais preceitos constitucionais garantidos igualmente entre os filhos, como a dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança. Todavia, como visto, os pensadores da doutrina inclusiva sujeitam a necessidade expressa da manifestação de vontade deixada pelo genitor falecido, para a realização da fecundação artificial póstuma e ao reconhecimento dos efeitos jurídicos, principalmente no campo do sucessório.¹⁴⁷

Nessa perspectiva, Carlos Cavalcanti faz uma comparação da manifestação da vontade na inseminação artificial homóloga *post mortem* com a adoção póstuma, prevista no artigo 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. É que na adoção póstuma exige-se a inequívoca manifestação de vontade do adotante que venha a falecer depois de iniciado o processo de adoção e, antes de proferida a sentença, admitindo-se a conclusão do procedimento, assim, entende o autor que o mesmo deve ocorrer na fecundação *post mortem*, tendo em vista que solução diferente esbarraria

¹⁴⁴ FERRAZ, Caroline Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 82-89.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 106 (aprovado na I Jornada de Direito Civil)*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/290/novosite>. Acesso em: 04 out. 2018.

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

no melhor interesse da criança que tem o direito ao reconhecimento paterno do falecido para todos os efeitos jurídicos, incluindo o âmbito do direito sucessório.¹⁴⁸

3.2 A Jurisprudência

Consoante pesquisa realizada, foi possível encontrar somente um julgado que tratasse especificamente da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Este julgado se refere a Apelação do processo n. 2008.01.1.149300-2¹⁴⁹ do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Outrossim, fora encontrado apenas a ementa dos Embargos Infringentes referente ao processo mencionado que, manteve o fundamento aplicado em decisão do recurso de apelação.¹⁵⁰

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Câmara Cível). *Embargos Infringentes 20080111493002/DF. DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA*. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido. Relator: Carlos Rodrigues, 25 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199982428/embargos-infringentes-civeis-eic-20080111493002?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Na ação judicial em comento, relata-se que a autora viveu em união estável por quatorze anos com o falecido companheiro e, que durante esse tempo ambos manifestaram o desejo de ter um filho. Após realizar tratamento de reversão da vasectomia efetuou depósito de seu sêmen no banco de esperma da empresa ré. Todavia, por este ser portador de neoplasia maligna e, em razão disto, fazer tratamento agressivo, veio a falecer em agosto de 2017.¹⁵¹

Em novembro do mesmo ano a empresa ré informou que o banco de sêmen seria desativado, devendo o material genético ser removido para outra empresa. Contudo, na tentativa de retirar o material, tal fato lhe fora negado a autora, uma vez que a empresa ré afirmou ser obrigatória a autorização escrita do falecido para tal fim, resultando, portanto, no ajuizamento da ação. A pretensão da autora da presente ação judicial baseia-se na entrega do sêmen do companheiro para fins de inseminação artificial homóloga após o falecimento de seu companheiro.¹⁵²

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Em sede de primeira instância foi autorizada a retirada do material genético, se pagos os valores ao réu. Diante disso e, inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, conhecido e provido pela 3ª Turma Cível do Tribunal, afirmando a ausência de direito da autora sobre o material genético do seu ex-companheiro frente a ausência de autorização escrita manifestada em vida pelo *de cujus*.¹⁵³

Embora a questão no referido processo verse especialmente quanto ao embate da imprescindibilidade da manifestação expressa de vontade do *de cujus*, para que ocorra a inseminação artificial homóloga *post mortem*, com pequenos apontamentos acerca do direito sucessório do filho concebido por intermédio dessa técnica, vale ser feita importante análise quanto ao julgado.¹⁵⁴

Em preliminar da Apelação do processo aqui tratado, o revisor Getúlio Moraes Oliveira e a relatora Nídia Corrêa Lima igualmente declaram que, a existência de direitos sucessórios no caso da inseminação artificial homóloga *post mortem* não tem

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

respaldo na legislação, não há grandes discussões nos tribunais, além de não haver um consenso sobre a técnica no campo do sucessório.¹⁵⁵

Apesar disso, Getúlio Moraes Oliveira explica que ao filho que nascer deverá ser reconhecido direito sucessório, mesmo se encerrado o inventário, já que desde 1912, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os filhos terão o quinhão hereditário, ainda que superveniente.¹⁵⁶

Já no mérito da Apelação, onde a principal discussão revela-se sobre a manifestação de vontade do *de cujus*, Nídia Corrêa Lima, que negou provimento a apelação, defende que em casos como este é possível haver a manifestação de vontade de forma expressa ou tácita, vez que existem outros elementos aptos para atestar a intenção do falecido, como por exemplo a situação de fato ao qual se encontrava o falecido e os depoimentos testemunhais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO*

Getúlio Moraes Oliveira, que deu provimento ao recurso de apelação, posiciona-se no sentido de que deve haver a manifestação escrita do falecido sobre a utilização do material genético após a morte. Para tanto, o desembargador apoiou-se em pensamentos doutrinários que não permitem presumir o consentimento do companheiro para realização da reprodução assistida, a exemplo Silmara Juny Chinalto que, por sua vez, sustenta o envolvimento dos direitos de personalidade do doador do sêmen, sendo necessária a manifestação expressa na inseminação *post mortem*.¹⁵⁸

Em contrário, a relatora Nídia Corrêa enfatiza que um homem não realizaria a criopreservação do seu material genético sem objetivo. No caso em questão, o fez com objetivo de ter assegurado a possibilidade de no futuro ter um filho, em razão de uma doença, até então difícil de ser tratada. Ademais, não se doaria o material

CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

genético a qualquer pessoa, mas para sua companheira. Portanto, para a relatora seria possível presumir a vontade tácita do companheiro por outros meios.¹⁵⁹

Por sua vez, o desembargador Flávio Rostirola, presidente e vogal, deu provimento ao recurso de apelação. Flávio Rostirola analisou o caso desde a existência de uma lacuna legal quanto a inseminação artificial póstuma, perpetrando no direito ao planejamento familiar e no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, e concluiu pela imprescindibilidade do consentimento expresso do *de cujus* para a finalidade que a autora pretende.¹⁶⁰

A questão imposta pelo desembargador e que o fez decidir de tal forma, se referiu a violação dos direitos de personalidade do falecido, vez que a paternidade precisa ser desejada; O que não se pôde aferir no caso:

Deve ser ressaltado que, apesar da reversão da vasectomia, a presunção de vontade somente alcança o caso até o momento anterior à descoberta da doença que levou a óbito o companheiro da autora. Não há nos autos

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

qualquer elemento que conclua, com certeza, que, mesmo após o diagnóstico do câncer, a vontade do morto em procriar permanecia.¹⁶¹

Não obstante a decisão de Flávio Rostirola, este teceu comentário acerca do direito sucessório do filho concebido após a inseminação póstuma. Em sua opinião, o ordenamento jurídico ao tratar da vocação hereditária deixou excluído da sucessão o filho concebido por meio da técnica de inseminação *post mortem*, tendo em vista que o embrião fecundado *post mortem* não é pessoa concebida ou nascida. Por outro lado, em análise as peculiaridades do vínculo de filiação, Flávio Rostirola afirma que, “independentemente do que dispõe o Código Civil, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos atua socorrendo o filho concebido após o falecimento”, pois ao contrário, qualquer solução restritiva de direitos que se refira a qualificação ou a origem do filho, causará discriminação em relação aos demais filhos, resultando na violação à dignidade da pessoa humana.¹⁶²

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF. AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM*. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Com efeito, Fernanda Frizzo Bragato e Taysa Schiocchet entendem ser possível e legítimo reconhecer o vínculo familiar e suas consequências, principalmente no caso da fecundação artificial homóloga *post mortem*, diante da possibilidade da técnica, do princípio da igualdade entre os filhos e da função social do direito sucessório em prover a subsistência dos descendentes. Para tanto, explicam ser necessário a manifestação expressa de vontade do *de cuius*, bem como a observância de um prazo determinado para a concretização do projeto parental póstumo.¹⁶³

3.3 Fixação de prazo para o filho concebido após a abertura da sucessão pleitear o direito sucessório

Inicialmente, feita análise doutrinária e jurisprudencial quanto aos efeitos da inseminação artificial homóloga *post mortem* e, tendo em vista a possibilidade do reconhecimento do direito sucessório do concebido após a abertura da sucessão, questiona-se se haveria prazo para se utilizar o material genético do falecido e, conseqüentemente para pleitear o direito sucessório, haja vista o sêmen poder ficar criopreservado por anos e, vir a ser utilizado após a abertura da sucessão, e então, sendo capaz de atingir os demais filhos herdeiros.¹⁶⁴

Sobre este ponto, Maria Berenice Dias diz que, aqueles que reconhecem direito sucessório ao filho concebido por fecundação artificial remetem-se a analogia do prazo de dois anos estabelecido no artigo 1.800, §4º, do Código Civil (prazo para concepção de filiação eventual).¹⁶⁵

Quanto a fixação do prazo para exigir os efeitos sucessório do concebido por inseminação artificial *post mortem*, Karla Fischer entende que tal prazo deveria ser melhor estudado, para que se revele um prazo adequado a possibilidade de realização

¹⁶³ BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial *post mortem* no direito brasileiro. In: Fabrício Dani de Boeckel; Karin Regina Rick Rosa (orgs.). *Direito de Família em perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/11488919/Reprodu%C3%A7%C3%A3o_humana_assistida_aspectos_%C3%A9ticos_e_legais_da_fecunda%C3%A7%C3%A3o_artificial_post_mortem_no_direito_brasileiro. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹⁶⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

da técnica de inseminação póstuma, não sendo necessariamente o prazo de dois anos do artigo 1.800, §4º, do Código Civil, a qual alguns doutrinadores se referem.¹⁶⁶

Já Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho entende que o prazo de espera do nascimento do filho concebido por inseminação artificial póstuma deveria ser fixado pelo próprio *de cujus*, no momento em que este manifestou-se de forma expressa a sua vontade quanto ao destino do material genético, não devendo ultrapassar o período de dois anos previsto para concepção da prole eventual de terceiro. E caso não houvesse prazo previamente determinada pelo *de cujus*, dever-se-ia aplicar, por analogia, o prazo de dois anos a estabelecido nos termos do artigo 1.800, §4º, do Código Civil.¹⁶⁷

Fernanda Frizzo Bragato e Taysa Schiocchet explicam que:

Na falta de legislação especial, faz-se o uso da analogia e com base no que dispõe o art. 1.800, §4º, do Código Civil, é possível sugerir o prazo de 2 (dois) anos, entre a data da morte e da fecundação ou implantação no ventre materno, para que ao futuro filho lhe sejam assegurados de plano os seus direitos sucessórios. Quanto ao direito de requerer judicialmente os direitos sucessórios, deveria ser observado o prazo de 10 (dez) anos, com base no art. 205 do Código. ¹⁶⁸

Nesse sentido, Maria Berenice Dias faz consideração de que o prazo de dois anos, usado por analogia, não tem justifica concreta, tendo em vista que não deve haver discriminação do filho concebido por inseminação artificial *post mortem* em relação aos demais. Para a autora, a segurança jurídica dos demais herdeiros não deve ser superior ao direito hereditário do filho concebido *post mortem*, mesmo após anos.¹⁶⁹

¹⁶⁶ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁶⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁶⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro. In: Fabrício Dani de Boeckel; Karin Regina Rick Rosa (orgs.). *Direito de Família em perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/11488919/Reprodu%C3%A7%C3%A3o_humana_assistida_aspectos_%C3%A9ticos_e_legais_da_fecunda%C3%A7%C3%A3o_artificial_post_mortem_no_direito_brasileiro. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

Destaca-se ainda que no ordenamento jurídico não há prazo para que seja realizado processo de investigação de paternidade e, somente o direito de pleitear a herança prescreve em 10 anos (artigo 205 do Código Civil).¹⁷⁰

Sobre a petição de herança, têm-se que este é instrumento do direito sucessório que possibilita a reserva ou a restituição do quinhão hereditário do herdeiro, desde que comprovada a sua qualidade de herdeiro do *de cujus*.¹⁷¹ É uma ação que tem dupla eficácia, “declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória à restituição da herança”¹⁷².

Por não haver expressa previsão, adota-se o prazo prescricional de dez anos (artigo 205 do Código Civil).¹⁷³ E o termo inicial para contagem do prazo prescricional se dá no momento em que for reconhecida a paternidade. Esse entendimento é posicionado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1368677/MG, nos casos em que o filho for reconhecido após a morte de seu pai, sendo o prazo prescricional iniciado a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade.¹⁷⁴

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

¹⁷¹ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁷² DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 592-598.

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 592-598.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial. *REsp 1368677/MG. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. FILIAÇÃO RECONHECIDA E DECLARADA APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. TERMO INICIAL. TEORIA DA 'ACTIO NATA'. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE*. 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescribibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”. 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento 'post mortem' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da 'actio nata'. Precedentes. 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.MIN.&processo=1368677&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 14 jul. 2019.

Ademais, nos casos em que houver a presença do absolutamente incapaz, mesmo que reconhecida a filiação, o prazo prescricional para ajuizar ação de petição de herança iniciará somente quando este se tornar relativamente incapaz, ou seja, a partir dos dezesseis anos, uma vez que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes.

Posto isto, identifica-se justificativa para utilizar o mesmo prazo prescricional de dez anos da petição de herança, nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, inclusive, em respeito aos princípios já vistos no decorrer do presente trabalho, principalmente em relação a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os filhos.

Assim, vimos que os pensamentos em relação ao prazo para o filho concebido após a abertura da sucessão pleitear a herança se divergem entre si, de um lado há quem entenda pela aplicabilidade, por analogia, do prazo de dois anos estipulado no artigo 1.800, §4º, do Código Civil, por outro lado há quem traga a possibilidade do prazo prescricional de dez anos da ação de petição de herança.

Diante disso, entendo que por meio das leituras que fiz ao longo da pesquisa sobre o tema em relação aos prazos, caso reconhecido o direito sucessório do filho concebido *post mortem*, e para que se visualize a situação de forma mais organizada, seria necessária uma diferenciação entre o prazo para a utilização do material genético criopreservado pelo cônjuge que, por sua vez não se confundiria com o prazo que o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* terá para pleitear a herança.

Portanto, o prazo de dois anos disposto no artigo 1.800, §4º, do Código Civil importaria no prazo para que fosse utilizado o material genético do *de cujus* pela sua companheira, já que o mesmo, por analogia, trata a respeito da concepção do herdeiro e, no caso do concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, negar-lhe a condição de herdeiro iria contra a dignidade da pessoa humano e a igualdade entre os filhos.

Uma vez concebido o filho por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, este, por ser considerado como absolutamente incapaz, conforme artigo 3º,

I, do Código Civil¹⁷⁵, teria o então o prazo de dez anos disposto no artigo 205 do Código Civil, por analogia, para pleitear a sua quota hereditária após atingida a idade de dezesseis anos.

Diante de todo o exposto, em observância a igualdade entre os filhos, a dignidade da pessoa, melhor interesse da criança e a segurança jurídica, tanto em relação ao concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, quanto os demais herdeiros, para assegurar os direitos derivados do ordenamento jurídico, inclusive sucessório, ter-se-ia como possibilidade do concebido *post mortem* ser considerado como herdeiro e, por consequência, ajuizar a petição de herança no prazo de dez anos, ou prazo a ser estipulado de forma adequada pelo legislador por meio de estudo técnico e específico, a partir do reconhecimento paterno.

Assim, necessário se faz a regulamentação jurídica das técnicas de reprodução assistida, com lei específica, que considere o estudo de outros campos científicos, bem como situação tecnológica e social, apta a sanar a omissão atualmente enfrentada quanto a utilização e as consequências ético-jurídicas das reproduções assistidas.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

CONCLUSÃO

Ao longo do tempo a medicina desenvolveu técnicas de reprodução humana assistida para que fosse possível o nascimento de uma vida sem que houvesse o ato sexual. À essas técnicas o Conselho Federal de Medicina, desde 1992, entendeu por haver necessidade de regramento na área da saúde e, foi criando resoluções novas de acordo com o desenvolvimento biomédico, social e tecnológico.

Sobre as técnicas de reprodução humana assistida, em especial a técnica de inseminação artificial homóloga post mortem, verificou-se a existência de uma lacuna legislativa que suscita os mais diversos posicionamentos quanto ao reconhecimento sucessório do filho concebido por intermédio da inseminação artificial homóloga póstuma, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro com base no princípio da coexistência exige que, em regra, o filho para suceder deve ser pessoa viva ou ao menos concebida no momento da abertura da abertura da sucessão. Mas, como quase toda regra no campo do direito, vimos que há exceções quanto a este princípio, nos casos do nascituro e da prole eventual. E embora se tenha tais exceções, em se tratando do concebido post mortem, aquele que será concebido após a abertura da sucessão, o direito à herança deste não encontra respaldo no Código Civil Brasileiro, bem como não há um entendimento pacífico doutrinário ou jurisprudencial a respeito do tema em questão.

Foi analisado que apesar da omissão sobre o direito hereditário do concebido post mortem no art. 1.798 do Código Civil de 2002, em mesmo texto legal foi reconhecida a técnica de inseminação artificial homóloga póstuma em seu artigo 1.597 e admitida a presunção de filiação paterna.

Diante disso, foi reconhecida a possibilidade da técnica da inseminação artificial homóloga post mortem. Entretanto, por não haver regulamentação legal sobre o direito sucessório do concebido por meio desta técnica de reprodução humana, foram apresentados alguns dos princípios aplicáveis a inseminação artificial, e que são utilizados como argumento doutrinário, para validar o direito sucessório do concebido após a abertura da sucessão. De oportuno, constatou-se que haveria de ser realizado o critério de ponderação dos princípios, defendido por Robert Alexy, para que fosse dada a solução mais adequada ao caso concreto, de forma que é necessário

relativizar o princípio da coexistência frente aos demais princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente foram expostos os posicionamentos doutrinários, e realizada análise quanto a jurisprudência existente em relação aos efeitos da inseminação artificial homóloga post mortem, observado que para ter o reconhecimento do direito sucessório do concebido após a abertura da sucessão, em um primeiro momento é necessário a manifestação expressa de vontade do de cujus, para que seja realizada a inseminação artificial homóloga póstuma, bem como para que seja reconhecida o direito sucessório do concebido por intermédio de tal técnica, com fundamento na igualdade entre os filhos, estabelecida pela Constituição Federal, e em razão da função social do direito sucessório em fornecer meios aptos de sobrevivência dos descendentes.

Por fim, destacou-se a necessidade de se delimitar um prazo adequado para que o filho concebido após a abertura da sucessão possa pleitear o seu quinhão hereditário. Para atingir este fim, seria necessário o ajuizamento da petição de herança, observado o prazo prescricional de dez anos ou prazo a ser estipulado de forma mais adequada pelo legislador, com termo inicial a partir do momento em que reconhecida a paternidade.

Destarte, deveria haver uma regulamentação jurídica por lei específica e completa no direito brasileiro, delimitando as regras das reproduções humanas assistidas, com propósito de proteger a sobrevivência dos filhos concebidos mediante inseminação artificial post mortem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro. In: Fabrício Dani de Boeckel; Karin Regina Rick Rosa (orgs.). *Direito de Família em perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Disponível em:
https://www.academia.edu/11488919/Reprodu%C3%A7%C3%A3o_humana_assistida_aspectos_%C3%A9ticos_e_legais_da_fecunda%C3%A7%C3%A3o_artificial_post_mortem_no_direito_brasileiro.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 105 (aprovado na I Jornada de Direito Civil)*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 106 (aprovado na I Jornada de Direito Civil)*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial. *REsp 1368677/MG*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 05 de dezembro de 2017. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.MIN.&processo=1368677&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 878694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Câmara Cível). *Embargos Infringentes 20080111493002/DF*. Relator: Carlos Rodrigues, 25 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199982428/embargos-infringentes-civeis-eic-20080111493002?ref=serp>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Cível). *Apelação Cível 20080111493002/DF*. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana assistida: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.358/1992*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem"*. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das Sucessões*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Caroline Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf.

FRANCA, Alison José da; CARDOSO, Ana Carolina Leite A.; DORES JR., Carlos Alberto dos Santos das; REMÉDIO, Eduardo José; BONETO, Gabriel Possamai; SANTOS, Henrique Coutinho Miranda; MAIRRO, Ricardo Felipe. Reprodução assistida "post mortem". Disponível em: <https://couthocarlota.jusbrasil.com.br/artigos/236655745/reproducao-assistida-post-mortem#comments>.

FREITAS, Douglas Philips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a>.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado: Direito das Sucessões*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

L'EXPRESS. *Les cas de procréation post mortem en france et à l'étranger*. Disponível em: https://www.lexpress.fr/actualite/societe/les-cas-de-procreation-post-mortem-en-france-et-a-l-etranger_780031.html.

LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de; LIRA, Daniel Ferreira de. O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: *da inquietação sucessória às diferenças*. 2012. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12152.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família*. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 1, n.1, p.1-24, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Inseminação Post Mortem em face dos princípios constitucionais e seus reflexos no direito sucessório*. *Revista Cadernos de Graduação*, v. 2, nº 3, 2015. Disponível em: http://flucianoifeijao.com.br/novo/wp-content/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

XAVIER, Edfábio da Nóbrega. *Considerações acerca da reprodução assistida homóloga e o direito sucessório*. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública (GVAA)*. Pombal, Paraíba, v.3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/4053/3609>.